

Expediente Nº: E/00038/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de las denuncias presentadas por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fechas 5 y 21 de diciembre de 2017, 11 y 23 de enero y 5 de febrero de 2018, tienen entrada en esta Agencia sendos escritos de denuncia formulados por Don **A.A.A.**, (en lo sucesivo, el denunciante), por recibir llamadas comerciales de VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (en adelante VODAFONE), a pesar de estar inscrito en la Lista Robinson desde el año 2013.

El denunciante manifiesta que las llamadas han sido realizadas al número *****TELEFONO.1** (línea de Telefónica de España) desde la línea *****TELEFONO.2** en las fechas:

Día 30-11-2017 a las 18:10

Día 20-12-2017

Día 27-12-2017 a las 19:10

Día 11-01-2018 a las 15:00

Día 29-01-2018 a las 17:30

Con fecha 16 de mayo de 2018, se registra de entrada en esta Agencia nuevo escrito del denunciante indicando que, a las 15:20 horas del día 7 de mayo de 2018, recibió una llamada comercial de MASMOVIL IBERCOM, S.A. (en adelante, MASMOVIL), en su número de línea fijo *****TELEFONO.1** efectuada desde el número de teléfono *****TELEFONO.2**, a pesar de estar inscrito en la Lista Robinson desde el año 2013.

El denunciante, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Certificado de ADIGITAL respecto de la inclusión en Lista Robinson de la línea receptora de las llamadas comerciales denunciadas en fecha 11/12/2013.

Correos electrónicos de fechas 21 y 27 de diciembre de 2017 y 11 de enero de 2018 remitidos a la dirección *****EMAIL.1** oponiéndose a las comunicaciones comerciales telefónicas, constando que el envío de fecha 11 de enero de 2018 en el que se señalaba que no deseaba recibir llamadas comerciales en el teléfono *****TELEFONO.1** se remitió también a la dirección *****EMAIL.2** y *****EMAIL.3**.

Correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2018 remitido a la dirección *****EMAIL.4** oponiéndose a la recepción de llamadas comerciales en el número de teléfono *****TELEFONO.1**.

SEGUNDO: Tras la recepción de las denuncias, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fechas 2 de febrero y 4 de abril de 2018 se accede al Registro de números fijos y móviles de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la dirección web www.cnmc.es sin obtener información respecto de la titularidad asignación de la línea *****TELEFONO.2**, ya que no consta asignada a ningún operador de telecomunicaciones.
2. Con fecha 2 de febrero de 2018 se solicita información a Telefónica de España, SAU, que mediante escrito de contestación recibido en esta Agencia en fecha 8 de febrero de 2018 informa de los siguientes extremos:

El denunciante es titular de la línea *****TELEFONO.1** desde el 14 de enero de 2011.

Se han acreditado las siguientes llamadas:

30 de noviembre de 2017 a las 18:09, proporcionada por JAZZ TELECOM S.A.

20 de diciembre de 2017 a las 14:50, proporcionada por JAZZ TELECOM S.A.

11 de enero de 2018 a las 14:55, proporcionada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

3. Con fecha 21 de febrero de 2018 se recibe escrito de VODAFONE en contestación al requerimiento de información de esta Agencia respecto de la posible utilización de la línea *****TELEFONO.2** para la captación de clientes de la entidad, señalando que esa línea no pertenece a VODAFONE ni tampoco a VODAFONE ONO.
4. Con fecha 26 de marzo de 2018 se recibe escrito de ORANGE ESPAGNE, S.A.U. en contestación al requerimiento de información de esta Agencia respecto de la posible utilización de la línea *****TELEFONO.2** para la captación de clientes de la entidad bajo las marcas comerciales de ORANGE y JAZZTEL, indicando que esa línea no pertenece al operador y que no consta en los ficheros que remiten a las empresas prestadoras del servicio de captación de clientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), la competencia para resolver el presente Procedimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

La mencionada Ley 9/2014, de 9 de mayo, dedica el Capítulo V del Título III a los *“Derechos de los usuarios finales”* y les otorga, entre otros, el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales. Así, el artículo 48 de la LGT, bajo la rúbrica *“Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas”*, dispone, en su apartado 1.b):

“1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: (...)

b) A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La infracción del artículo 48.1.b) de la LGT se encuentra tipificada en los artículos 77.37 y 78.11, respectivamente, como infracción grave y leve.

La normativa de protección de datos contempla dos vías para que los particulares puedan oponerse al tratamiento de sus datos con fines publicitarios: a) dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o b) registrando los datos que no se desea que sean utilizados con tal finalidad en un fichero de exclusión publicitaria.

La primera de las modalidades se contempla en el artículo 30.4 de LOPD que dispone: *“los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

En cuanto a la segunda modalidad, el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD) prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria de carácter general o sectorial en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, precepto que dispone: *“Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.*

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

El efecto jurídico que deriva de que el afectado incluya sus datos en un fichero de exclusión publicitaria lo recoge el apartado 4 del artículo 49 conforme al cual *“Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad*

o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento"

A día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero "Servicio de Listas Robinson", gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL). El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en él evita la publicidad de las entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte que el registro en el "Servicio Lista Robinson" será efectiva en el plazo de tres meses desde el día siguiente a la inscripción.

III

En este supuesto, el denunciante ha acreditado que a fin de no recibir llamadas publicitarias, en diciembre de 2013, registró en el Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL la línea de teléfono en la que indica recibía las llamadas publicitarias denunciadas. Asimismo, ha justificado que mostró su negativa a la recepción de llamadas publicitarias en dicha línea de teléfono remitiendo sendos correos electrónicos a VODAFONE y a MASMOVIL a las direcciones *****EMAIL.2** y *****EMAIL.4**, con fechas 11 de enero de 2018 y 7 de mayo de 2018, respectivamente, no constando, por otra parte que en las demás solicitudes aportadas de fecha anterior concretará la línea de teléfono en la que no deseaba recibir llamadas promocionales.

Asimismo, si bien a través de las actuaciones de investigación practicadas el operador del denunciante, en este supuesto Telefónica de España, SAU, ha confirmado la recepción de las llamadas de fechas 30 de noviembre de 2017, 20 de diciembre de 2017 y 11 de enero de 2018 en la línea titularidad del afectado, sin embargo también se ha constatado que la línea de teléfono llamante *****TELEFONO.2** no figura asignada a ningún operador de telecomunicaciones, conforme se ha verificado al acceder con fechas 2 de febrero y 4 de abril de 2018 al registro de números fijos y móviles de la CNMC.

Paralelamente, ORANGE ha informado que en sus sistemas no constaban servicios asociados a la línea *****TELEFONO.2** y VODAFONE ha señalado que tanto el número receptor como el número llamante objeto de las investigaciones no pertenecen a esa compañía ni, tampoco, a VODAFONE ONO. A lo expuesto, ha de sumarse que ORANGE ha indicado que la línea de teléfono titularidad del denunciante figuraba registrada en sus sistemas como Robinson desde el 13 de diciembre de 2013, no habiendo incluida en los ficheros enviados a las empresas prestadoras del servicio de captación de clientes.

En consecuencia, a la vista del resultado de las actuaciones practicadas, y no estando asignada la línea de teléfono *****TELEFONO.3** a ningún operador en la CNMC, no ha sido posible identificar al titular de numeración, desde la que se efectuaron las llamadas telefónicas promocionando servicios de VODAFONE y

MASMOVIL a pesar de mediar la oposición del mismo a recibir ese tipo de llamadas en la línea receptora.

Sentado lo cual, debe señalarse que en nuestro Derecho Administrativo sancionador rige el principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, de modo que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. El principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor.

El Tribunal Constitucional (SSTC 131/2003 y 242/205, por todas) se ha pronunciado en ese sentido al indicar que una de las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia es que la sanción esté fundada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta imputada y que recaen sobre la Administración pública actuante la carga probatoria de la comisión del ilícito administrativo y de la participación en él del denunciado.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece como uno de los principios de la potestad sancionadora el de la "Responsabilidad", determinando al respecto que:

"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

En esta misma línea el artículo 53.2 la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que: *"Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables, tendrán los siguientes derechos: (...) b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario".*

En atención a lo expuesto, habida cuenta de que no existen elementos probatorios o indicios razonables que permitan determinar la responsabilidad de VODAFONE y de MASMOVIL en la realización de las llamadas publicitarias no deseadas estudiadas, procede acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, **MASMOVIL IBERCOM, S.A.** y a Don **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos